

差止請求権の理論根拠に対する検討

趙 東敏^(*)

通常実施権者の請求による差止請求権の適用問題において、重要な障害の一つが差止請求権の理論根拠である。特許法の 100 条から見て特許法の立法趣旨は差止請求権を物上請求権として解しているのが明らかである。しかし、不正競争防止法 3 条の差止請求権はその限りではない。つまり、知的財産関連法において差止請求権は少なくとも二つの理論根拠をもっている。差止請求権を物上請求権(物権的効力)として解釈するのは大陸法系においての民法の権利を物権と債権に分ける伝統的考えの産物であるが、この理論では差止請求権による債権の救済は難しい。

また、現段階において差止請求権制度(妨害排除請求権制度)は民法の不法行為制度の傘下の救済手段ではなく、不法行為制度とは別の理論構成を採っていることから、日本において損害賠償請求権は認められるが差止請求権は訴権がないという複雑な問題点が存在する。

そこで、差止請求権を損害賠償請求権と共に不法行為制度の傘下の救済請求権として立法化し、その請求根拠を物権効力ではなく、「保護すべき利益」の救済請求権として確立したほうが、差止請求権と損害賠償請求権の訴権性、法的根拠などの矛盾が解決でき、さらに、侵害に対する救済という理論構成的にも妥当であると思われる。

はじめに

一 物権的効力説

学説

判例

二 権利不可侵説

学説

判例

三 保護すべき利益説

学説

判例

四 問題の検討

五 債権者代位による差止請求権

理論構成

判例

問題検討

が出来ないという趣旨である。特許法の 100 条から見ると特許法の立法趣旨は差止請求権を物上請求権として解しているのは明らかである。つまり、差止請求権は物権的権利の効力の一つであるということである。しかし、差止請求権の理論根拠を単なる物権的権利の効力として求めてもいいのかは疑問である。そこで、本稿は差止請求権の本質について検討するつもりである。

さて、2007 年は恩師の浜田治雄教授が古希を迎えた年であり、長期に渡る法学教育及び知的財産分野での実績が高く評価され弁護士として推薦された非常におめでたい年でもある。そこで本稿をもって謹んでお祝いを申し上げますとともに、これまでのご指導、ご鞭撻に改めて感謝の意を表したく思う。

一 物権的効力説(物上請求権説)

学説

この説は、差止請求権は「排他的利用として特許権等は、所有権その物権における物上請求権(dinglicher Anspruch, action réelle)と同様に、その利用が妨害されたとき、その妨害を排除するための権能が認められなければならない、現行法は、昭和 34 年改正前において、明文規定なくして、判例・学説によって承認されていた差止請求権を確認したにすぎない^(*)1)」と主

はじめに

通常実施権者の差止請求権問題において、まず明確にしなければならないのは差止請求権の理論根拠である。現段階の判例・学説において通常実施権者の差止請求権の訴権性を否定する理由を分析すると、差止請求権は物上請求権であるのに対し、通常実施権は債権的権利で物権的効力を有しないことから、認めること

(*) 校友・浜田国際特許商標事務所 内国部

(*)1) 永田菊四郎「工業所有権論」富山房 昭和 33 年 292 頁
飯塚半衛「無体財産法論」巖松堂 1940 年 172 頁

張している。

判例

特許法 100 条に基づいて差止請求権を認めた判例はこの説の見解を採っている。下記の判決は特許権者が占有実施権を設定した後でも差止請求権を行使する権利を失わないという見解を示したところで、非常に重要な判例であるが、一方、判旨では「特許権者が差止請求権を失わないのは所有権者が物上請求権を失わないのと同様であると解されるからである。」と述べており、間接的に差止請求権の理論根拠は物権的効力であるという見解を明確に示した部分も注目すべきである。**山口地方昭三四(ワ)第二五〇号 昭三八、二、二八判決**

(1) 事実の概要

原告は昭和三〇年六月二四日特許庁に対し、合成浮子製造方法の発明について特許出願し、昭和三二年四月一一日公告ののち、昭和三四年四月八日右特許の登録(登録番号第二五一二五九号)を受け、その特許権者となったものである。

原告は訴外株式会社気泡材研究所(その代表取締役は原告)に対し右特許権の実施権を設定し、同訴外会社は右実施権に基づき、合成浮子を製造販売しているものである。

被告はプラスチック工業所を営むものであるが、被告の方法により合成浮子を製造販売しているものである。

しかし、右被告の方法は、原告の特許発明を利用することなくしては実施できないものである。

以上の理由で原告が被告に対し、本件特許権に基づきその侵害の排除を求めた事案である。

(2) 裁判所の判断

事実によると、原告が訴外会社に対し設定した実施権が、範囲無制限の専用実施権であるか否かは明らかでない。しかし、たとえそれが範囲無制限の専用実施権であるとしても、原告が特許法 100 条に基づく差止請求権を有することに変わりはないと解される。けだし同条及び同法 77 条の明文上、特許権者が第三者に対し専用実施権を設定することによって、特許権に基づく差止請求権を失うものとは解し難いのみならず、特許権者の専用実施権を設定する関係は、恰かも所有者が所有物を第三者に使用収益せしめる場合の関係に等しく、あくまでも制限的権利の設定に他ならず、右

の場合特許権者が差止請求権を失わないのは所有権者が物上請求権を失わないのと同様であると解されるからである。

二 権利不可侵性説

学説

この説は、物上請求権の根拠は権利の不可侵性であり、すべての権利に妨害排除請求権を認めるべきであるとしており、「権利は一般的の通有性として不可侵性をもっており、この不可侵性が侵害された場合、法律は救済を与えるべきである(*2)」と主張している。

判例

特許法において上記の見解を示した判例は現在見当たらず(損害賠償の適用はあるが、差止請求権の適用はない)、民法の非常に類似の事件を紹介する。この判例はゴルフ場で宅地造成工事をする第三者に対し、ゴルフ場の会員からのゴルフ場利用権に基づく妨害の差止請求は否認したものの、権利の不可侵性に対して「ゴルフ場利用権は物の利用を目的とする債権の一種であり、債権者であるゴルフ場利用権者は、債務者がゴルフ場を債務の内容に従って債権者に利用させようとしているにもかかわらず、全くの無権利者である第三者によってその利用を侵害されているときは、右第三者に対し直接にその侵害の排除ないし差止を求めることができる」という見解を示した重要事例である。(実際、工事した者が第三者ではなく所有権者であると請求が否定された)

東京地裁判決昭和 48 年(三)第 1333 号 昭和 48 年 10 月 30 日判決

(1) 事実の概要

関東文化開発株式会社(本件仮処分申請手続において、債務者小松地所株式会社とともに共同債務者とされていたが、債権者らの本件仮処分申請を認諾したものである)は、ゴルフ場事業を営む会社である。東京都八王子市川口町所在の通称 GMG 八王子ゴルフ場は関文の経営するゴルフ場の一つであって、計六〇筆合計五万二四八〇坪の土地は、二七ホールある本件ゴルフ場のうち西コースの九ホールをなしているものである。

債権者らは、いずれも、昭和四三年一〇月二七日までに、関文の定めた本件ゴルフ場規定を承認のうえ、

(*2) 末弘敏太郎「工業所有権法」法学全集 日本評論社 1942 年 77 頁

関文所定の、金一八万円ないし金四五万円の一定額の入会金と称する金員を関文に対して無利息、据置期間一〇年の特約で預託することにより、前記規定にいう東京グループメンバーズ・ゴルフクラブの正会員となった者若しくはかかる正会員となった者から、関文の承諾のもとに正会員の地位を譲り受けた者である。債権者らは右のようにして本件ゴルフ場規定にいうGMGの正会員となったことにより、関文に対して本件会員権の一内容として、本件ゴルフ場を、一般の利用者に比し、利用料金の点でも、利用の機会の点でも、有利な条件で継続的にゴルフを行なうために利用する権利を取得し、又、本件ゴルフ場でプレーすると否とを問わず、関文に対して一定額の年会費(現在は一万二〇〇〇円)を支払うべき債務を負うことになったものである。

他方、債務者は昭和四七年三月一日商号変更により、現商号となったものであるが、商号変更前は、小松伊藤忠地所株式会社と称していた。小松伊藤忠地所株式会社は昭和四五年七月八日に小松道路開発株式会社を合併したものである。

債務者は、本件土地が債務者の所有なりと称して、昭和四六年二月一四日午前二時頃、本件土地上のグリーンをブルドーザーで掘り起し、ゴルフ場として使用不可能な状態にした。更に、昭和四八年二月一六日午後一時頃、本件土地にゴルフ場利用を禁ずる旨の立看板を設置するとともに、本件土地の周囲に鉄線を張りめぐらせて、債権者らがゴルフのために利用することを妨害した。また、前段の事実を徴すると、債務者が今後も本件土地を掘り起すなどして債権者らが本件土地でゴルフプレイするのを妨害する挙に出ると思われる。

上記のような事実関係により、原告らが被告に対し、ゴルフ場利用権に基づく妨害差止請求と占有保全の訴権による妨害差止請求を提起した事案であるが、ゴルフ場利用権の用益権的、支配権的性質、ゴルフ場利用権を物権化すべき社会的必要性、債務者の無権原ないし権利濫用等が争点となった。

(2) 裁判所の判断

ゴルフ場利用権の性質について^{(*)3}

債権者らの本件ゴルフ場利用権の取得その他の事実は当事者間に争いが無い。従って、債権者らは関文に対して本件ゴルフ場利用権すなわち、本件ゴルフ場を、一般の利用者に比べ、利用料金の点でも、利用の機会

の点でも有利な条件で継続的にゴルフを行なうために利用する権利を有するものである。本件ゴルフ場利用権は、上のような権利の内容からみてゴルフ場という物的設備の利用を目的とする一種の債権であることは明らかである。

債権者らは、ゴルフ場利用権がゴルフ場に対する占有を伴った用益権的、支配権的性質をもった債権であること、ゴルフ場利用権を物権的に保護すべき社会的な必要があること及びゴルフ場利用権に公示性があることを根拠として、ゴルフ場利用権には第三者に対する対抗力ないし排他性があると主張する。

しかしながらゴルフ場利用権がたとえ債権者らの主張するような性質をもった債権であって、これを物権的に保護すべき社会的な必要があり、且つその公示性をも具有しているとしても、それはゴルフ場利用権に第三者に対する対抗力ないし排他性を付与して保護すべきであるという立法論の根拠とはなり得るかも知れないが、ゴルフ場利用権が債権である以上、現行法の解釈として、それが第三者に対する対抗力ないし排他性を有するものとは到底解することができない。蓋し、物に対する支配権であって排他性をその本質的属性とする物権と、人に対する権利であってその満足が当該人の自由な意思による給付行為に依存するのを建前とし、排他性は有しないところの債権との区別を厳格に維持することは、民法の基本理念である個人人格の独立と契約の自由の原則を実定法解釈の次元で保障する所以であって、債権に第三者に対する対抗力ないし排他性を軽々に認めるようなことは許すべからざることからである。従ってゴルフ場利用権を、第三者に対する対抗力ないし排他性についての実定法上の根拠を有するところの不動産賃借権と同列に論ずることの失当なることは明らかであるといわなければならない。

次に債権者らは、ゴルフ場利用権についてはこれを物権化すべき社会的必要性があるとし、縷々その根拠を挙げている。このうちの「ゴルフ場施設の信託財産性」の主張について考察してみると、…本件ゴルフ場の建設資金の殆んど大部分は、結果的には会員からの預託金収入によって賄われたものといえるのであって、債権者らの、本件ゴルフ場の施設については全会員が潜在的な所有権を有するとか、関文は全会員から本件ゴルフ場施設を信託されているとかの主張は、法律的には勿論採るを得ないが、その心情は十分に理解することができる。そして若しゴルフ事業を

(*)3) ゴルフ場利用権の性質に対する裁判所の見解は特許の実施権の性質の解明において、非常に重要な意見であると思われる。

営む者が預託金会員制のもとにゴルフ場を建設する場合の実態が凡て右のようなものとするれば立法によって預託金会員の権利をもっと強く保護する必要があると言えるかも知れない。

しかしそのことから直ちに会員のゴルフ場利用権そのものを物権化させる必要があるという結論にはならない。右ほか債権者がゴルフ場利用権を物権化すべき社会的必要がある根拠として主張している点については、概ね債務者反論のとおりであって、いずれも未だそのような根拠とするには足りないものと考えられる。ゴルフ場利用権に基づく妨害差止請求権について

ゴルフ場利用権が第三者に対する対抗力ないし排他性を有しないものであることは、前判示のとおりであるが、このことは、ゴルフ場利用権を第三者によって故なく侵害され、または侵害される恐れのあるときにゴルフ場利用権が当該第三者に対し当該侵害行為の排除または差止を求めることが絶対にできないことを直ちに意味するものではない。凡そ権利は物権であれ、債権であれ、なに人もこれを違法に侵害することは許されない。この意味において債権も不可侵性を有する。しかして債権の内容が物の利用を目的とするものであるとき、第三者によって当該物の利用を違法に侵害され、ないしは侵害されようとしている債権者が直接に当該第三者に対して侵害の排除ないしは差止を求めることができるか否かは、周知のとおり、争いの存するところであるが、いやしくも債権に前述の意味での不可侵性のあることを承認する以上、これを肯定的に解すべきは論理上当然であって、これを否定的に解することは自己撞着であると考えられる。右の場合に債権者は民法第四二三条の規定により債務者に代位して第三者に対し妨害の排除ないし差止を求めることができることを根拠として、前記の問題を否定的に解すべきであるとの見解も考えられるが、債権者の救済方法に二途あって不可なる理由はなく、又債権者の代位によっては目的を達し得ない場合と考えられる。問題は、物の利用とする債権がいかなる場合に第三者によって違法に侵害されたと言い得るかに在る。思うに、前述のとおり、債権は人に対する権利であって、その満足が当該人の自由な意思による給付行為に依存するのを建前とするものであり、物の利用を目的とする債権としてその例外ではないのであるから、若し債務者が債権者に対し当該物を債務の内容に従って利用させようとしなるときは、債権者は先ずもって債務者に対して当該物を債権の内容に従って利用させるよう求めるべきであって、第三者に対して直接にその侵害行為を云々

できる筋合ではないというべきである。それ故、物の利用を目的とする債権が第三者によって違法に侵害されたと言い得るためには、第一に債務者が債権者に対し当該物を債務の内容に従って利用させようとしており、その結果として、第三者の侵害行為がないとすれば、債権者が当該物を債権の内容に従って利用できる状態に在る場合でなければならぬと考えられる(債権者代位によるときは、かかる要件は不要であるから、その限りにおいては、債権者代位による場合よりも要件が厳しくなる)。

次に、債権が本質的に前叙のようなものであり、物の利用を目的とする債権もその例外でない以上、債務者と第三者とは、当該物につき、債務者に対する義務履行に支障をきたすような内容の契約をも自由に締結することができる。勿論この場合債務者は債権者に対し債務不履行の責任を負うことにはなるが、右のような契約はそれ自体としては適法有効なものである。右のような契約を締結した第三者が当該物につき右契約によって取得した権利を行使するとき、第三者の行為が債権者にとって債権の侵害行為として現われることは当然であるが、だからといってこれを債権者の債権を違法に侵害するものとはなし得ない。

蓋し若しこれを債権の違法な侵害とし債権者から第三者に対し直接に該侵害の排除を求め得るものとするときは、民法の基本理念の一つである契約の自由の原則に悖ることになってしまうからである。それ故、物の利用を目的とする債権が第三者によって違法に侵害されたと言い得るためには、第二に、第三者が当該物につき債務者との間に有効な取引関係に立つものではなく、全くの無権利者でなければならぬものと考えられる。当裁判所は、物の利用を目的とする債権につき、以上二つの要件のもとに第三者による違法な債権侵害が成立するものとし、その場合債権者は直接第三者に対して当該侵害行為の排除ないし差止を求めることができるものと解するものであるが、ゴルフ場利用権も前判示のとおり、物の利用を目的とした債権の一種と解されるのであるから、右説示したところに従い、ゴルフ場利用権を有する者はこの権利に基づき、この権利を違法に侵害し、又は侵害しようとする第三者に対し、直接に、その侵害の排除ないし差止を求めることができるものと解される。

しかし、債務者は現在本件土地の所有者と一応認められ、また弁論の全趣旨によれば認定の債務者の行為は、債務者が本件土地売買契約の目的とした本件土地の宅地造成工事に着手するためになされたものと認め

られるのであって、債務者のかかる行為をもって、権利の濫用ということはできない(*4)。

以上のとおりであるから、債権者らは、本件ゴルフ場利用権に基づき債務者に対し前判示の債務者の行為の差止を求めることはできないということになる。

占有保全の訴権に基づく妨害差止請求権について

債権者らが本件土地を直接にも、間接にも占有しているものと認めるに足る疎明資料はないから、その余の判断をなすまでもなく、債権者らが債務者に対して占有保全の訴権に基づく妨害差止請求権を有するものとは認められない。

三 保護すべき利益説

学説

差止請求権の理論根拠は、権利侵害だけではなく、法の保護に値するような事実上の関係・利益が侵害行為または侵害された状態の違法性に求めるべきとして、「法は違法に対して反発し、その速やかな除去をよくするものであり、したがって、違法な行為または状態によって損害を受けている者またはその恐れのあるものは、その除去または予防を、違法な行為をなす者または違法な状態を支配する者に対して請求することが、認められなければならないはずである(*5)」と主張している。

判例

「保護すべき利益説」の見解を取っている特許法の判例はまだ見当たらないところであるが、しかしながら、不法競争防止法第3条に基づいて差止請求権を認めた判例は少なくとも上の見解を取っていると断言してもよいだろう。それは不法競争防止法第3条の差止請求権自体が保護すべき利益説の理論構造に成り立つ差止請求権であるからである。下記の判例は民法の判例ではあるが、判旨において「法律により保護に値する利益が第三者の不法行為によって現に侵害され、もしくは侵害されようとしているときは、その侵害の対象が所有権、占有権、人格権等明確な権利として構成することができない場合であっても、それが侵害行為の差止によって保護されるべき十分な利益を有すると認められるときは、これに基づいて侵害行為の差止を請求することができるものと解するのが相当である。」と明確に保護すべき利益説を支持しているところで非

常に重要な判例である。

仙台地裁昭四九(モ)六四号 昭49・7・20民一部判決(有権雑誌配布禁止等仮処分異議事件)

(1) 事実の概要

債権者は、大資本本位の自民党政治から六〇万仙台市民の生活と権利を守ることを目的として結成された団体であり、昭和四九年一月一七日告示、同月二七日投票の仙台市長選挙に立候補している島野武の確認団体として、昭和四八年十一月一五日仙台市選挙管理委員会に届出を了し、島野武の当選のため政治活動、選挙活動を行なっているものである。

債務者は、肩書地に本社を置き、月刊雑誌「全貌」等の発行・販売している株式会社である。債務者は、昭和四八年一二月、右「全貌」誌昭和四八年一二月号において、今回の仙台市長選挙に立候補を予定していた島野武を当選させない目的をもって「特集—五選に立つ島野仙台市長の身辺—汚職と論功人事と愛情問題のすべて」と題する記事を掲載した。

右記事は虚偽と歪曲にみちたもので、特に「市長公舎に妻妾同居、島野市長いつわりの十数年、……よく小説などで妻妾同居という場面があるが、仙台市の市長公舎でもこんな小説もどきのみにくい関係が十数年余にわたって続いたのである。だから『病床の妻への純愛』などと言う選挙用の泣かせ文句は真っ赤なウソだったのである。島野氏は病床の本妻をいつわり、市民をもいつわりつづけていたわけである。」等の虚偽の事実を記載したものであった。

そして、債務者は、右雑誌約三万部を全国の書店を通じて販売したばかりでなく、債務者と全く縁のない仙台市内の多数の町内会長、教員などに無償で郵送・贈呈と称し、通常の頒布方法でない方法で配布したのである。これは明らかに、今回の選挙を意識し、島野武の当選を妨害する目的でなされた所為であり、同氏の名譽を著しく傷つける違法不当なものであることは明らかであった。

そこで、債権者及び島野武は、昭和四八年一二月三日右雑誌の編集兼発行人を公職選挙法二三五条二項虚偽事項公表罪、刑法二三〇条一項名譽毀損罪に該当するとして、仙台地方検察庁に対し告発及び告訴した。

しかるに、債務者は告訴・告発されているにも拘らず、しかも仙台市長選挙の告示期間中である昭和四九年一月一八日、右誌昭和四九年二月号に、「ふたたび島野仙台市長の身辺を問う—断固真実の報道にふみき

(*4) 判旨をよく読むと、債務者を無権源の第三者ではなく、所有権者であると解すべきとの意味。

(*5) 四宮和夫「不正競争と権威保護手段」法律時報31巻2号 19頁

る！」と題する記事を掲載した。

右記事の内容は、主に、前記一二月号の再掲で虚偽・歪曲・ねつ造に満ちたものであるが、とくに「有力資料が物語る“妻妾同居”の点と線」「側近に氏が語る真相と姪と偽って公舎に同居するまで」の項で、島野武、島野とし(前夫人)、島野志津子(現夫人)の居住歴なるものが、“妻妾同居”のカギを一挙に解く資料であるとか、「東京杉並区の家は島野さんの自宅だったが、昭和三十年の選挙に破れて、次の選挙(昭和三十二年)の資金のため手放した、と聞いている。東京文京区の家は借家だった。私の知る“妻妾同居”はその頃からだ。」「前夫人としさんが死去した昭和四五年までの一二年間、公舎に“妻妾同居”の生活がつづいたのは、戸籍上からも証言者のいることによっても間違いのない事実だ。」等、記事自体から全くのデッチ上げ、ねつ造・歪曲であること明らかなものである。

そこで、債権者は昭和四九年一月十九日、仙台地方裁判所に対し、「債務者は昭和四九年一月二七日まで別紙目録記載の雑誌を販売し又は無償配布したり、第三者に引渡す等一切の処分をしてはならない。債務者の別紙目録記載の雑誌に対する占有を解いて、昭和四九年一月二七日まで東京地方裁判所執行官にその保管を命ずる。」旨の仮処分命令を申請し、同日、その旨の仮処分決定を得たので、これの認可を求めた事案である。

(2) 裁判所の判断

債権者は仙台市長選挙において、島野武の当選を得させるため選挙活動を行うことを唯一の目的として存在する政治団体であるから、第三者の違法な干渉、妨害等によりその活動が不当に侵害されない利益を有するものであり、右の利益はその性質上、法律による保護を受けるに値する利益と看られるので、債権者は島野武の当選を妨げる目的でその選挙活動に対し違法な干渉、妨害をする者(自然人たると法人たるとを問わない)に対し法律上の手段に訴えてその救済を求め得るものというべきである。

《疎明略》によれば、債務者は月刊雑誌「全貌」等の発行、販売……戸籍上からも証言者のいることによっても間違いのない事実だ。」という談話を掲載していることが一応認められるところ、右各記事の“妻妾同居”の事実の真実性についてはなんらの疎明がない。

右認定の雑誌「全貌」昭和四八年一二月号および同雑誌昭和四九年二月号に掲載された右記事の内容、右雑誌の配布時期、配布方法を考慮すると、債務者はことさらに島野武のスキャンダルをあげき出し、もって

仙台市長選挙における同人の当選を妨げる目的で雑誌「全貌」昭和四九年二月号に本件記事を掲載し、これを配布したことが明らかであるから、債務者の右所為は、債権者の正当な選挙活動を違法に妨害するものとして不法行為を構成するものと認めるのが相当である。

しかして、法律により保護に値する利益が第三者の不法行為によって現に侵害され、もしくは侵害されようとしているときは、その侵害の対象が所有権、占有権人格権等明確な権利として構成することができない場合であっても、それが侵害行為の差止によって保護されるべき十分な利益を有すると認められるときは、これに基づいて侵害行為の差止を請求することができるものと解するのが相当である。

これを本件についてみるのに、公正な手段、方法に訴えて当落を争うべき選挙において、債務者の右のごとき不法な行為に因り有権者が誤った判断を抱くに至れば、島野武の市長当選を存続目的とする債権者の被る損害は甚大であって、これにより債権者が失う利益は、その性質上、これを金銭によって償うことのできないものであること明かである。したがって債権者は債務者に対し、債務者の右不法行為によって右のような事態に陥いるのを予め防止するため、雑誌「全貌」昭和四九年二月号の販売等配布の差止を請求する利益を有するものというべきである。

よって、債権者の本件仮処分命令申請は理由があるから、本件仮処分決定を認可することとする。

四 問題の検討

特許権は一般法である民法の不法行為制度と、排他権の保護としての特別法である特許法によって保護されている。特許権保護の実行性を確保するために、その侵害に対する救済手段として、損害賠償請求権(民法709条)のほかに差止請求権(特許法100条)が立法されている。つまり、現段階において差止請求権は民法の不法行為制度の傘下の救済手段ではなく、不法行為制度とは別の理論構成の救済請求権であるといえる。そこで日本において損害賠償請求権は認められるが、差止請求権は訴権がないことで適用が非常に困難である複雑な問題点が存在することになるだろう。

しかし、米国においては損害賠償請求権と差止命令請求権は侵害救済の同じ傘下にあり、被害者は裁判所にまず侵害を認めてもらう訴訟を提起し、侵害が認められれば裁判所は損害賠償の認定と差止命令の救済を与える^(*)6)。つまり、差止請求と損害賠償請求は個別

の訴権ではなく、同じ侵害訴訟で提起することになり、その理論構成は日本法のような二重理論構造の複雑な問題は存在しない。

日本特許法の差止請求権の理論構成は、物権的性質→排他性→物上請求権であり、差止請求権は特許権の効力の一つとして解されるが、理論的に異議を有する。

物権の本質的効力は「物」に対する支配権であり、その効力は物を使用・収益・処分する権能を内容とすべきである。もし、「物」が妨害されたり、奪取されたりして、その支配が乱されるならば、「排他支配権」としての意味はなくすことになり、妨害を排除したり、現状を回復したりすることが必要であることから「物」に物上請求権という請求効力を認めている。

日本の民法において、長い間物上請求権を物権の効力として認めてきた原因の一つは、民法の権利を物権と債権に分ける大陸法系の伝統を受け継いだことにあると思われる。パンデクテン体系が基礎としているところの、ローマ法は「物」に対する訴権(actio in rem)・「人」に対する訴権(actio in personam)という分け方を取っており^(*7)、日本法はそれを継承したことになるだろう。

しかし、このような訴権の分け方は現代においては、理論的に問題があると言わざるを得ない。それは、妨害排除請求権は、本質的に言えば一種の救済債権であり、必ず「人」を相手として裁判所に請求しなければならない。このような司法救済仕組みは個人的救済を禁止とする現代法治思想に基づいている。

現実的に考えても「物」に対して訴訟を提起し、ある請求を求めることはあり得ないことである。すなわち、「人」が物を侵害しているからとして、「物」に対して妨害排除請求権を提起できるわけではなく、必ず他人の侵害行為の存在を要件として、その侵害者を相手に救済を求めて請求をするしかないだろう。

上から分かるように、妨害排除請求権の本質は厳密的に言えば、物権の効力ではなく、一種の救済手段であることには間違いのないだろう。同じように、特許権者が単なる特許権を有したとして差止請求権を行使できるわけではなく、差止請求は必ず侵害を要件としなければならない。

上記の議論から、差止請求権の理論根拠は、物上請求権ではなく、侵害に対する法的救済であることは明らかである。では現行法を詳しく分析してみよう。

特許法等において、差止請求権は、特許権・専用実

施権が侵害され、または侵害されるおそれがあるとき、特許権者および専用実施権者が侵害を停止、侵害の予防を請求(特許法100条1項)することができるほかにそれに基づいて侵害行為を組成した物の廃棄、侵害行為に供した設備の除去、そのための予防に必要な行為を請求(特許法100条2項)できる権利である。前者が「侵害停止・予防請求権」であり、後者が「廃棄除去請求権」である。特許法において、特許権・占有実施権は特許発明を専用する権利、つまり、特許発明を独占的に利用する排他権、すなわち排他的利用権として構成されている(特許法68条、77条)。このような排他的利用権は所有権とその他の物権における物上請求権と同様な性質を有すると解されているのが現状であり、特許法の立法趣旨でもあるだろう。このように差止請求権を排他的利用権としての規定は特許法だけではなく、実用新案法27条、意匠法37条、商標法36条も同様である。

ところが、不正競争防止法における差止請求権の性質は違うものである。不正競争防止法における差止請求権は、「不正競争によって、この営業上の利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある者が、その営業上の利益を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる。」権利である(不正競争防止法第3条)。

不正競争防止法においては、差止請求権は、不正競争禁止規定の違反に対する制裁として承認されている。これによって「営業上の利益」が保護されることになる。この「営業上の利益」は明らかに排他的な権利に基づくものではなく「権利不可侵性」若しくは、「保護すべき利益」を理論根拠としているといえる。つまり、差止請求権の理論根拠を本来の姿である侵害に対する救済という理論に求めたものである。

そこで、問題になるのはその法的救済の保護範囲である。この問題に対して、上で述べたように学説と判例は「権利保護説」(権利不可侵性説)と「保護すべき利益説」に分かれているが、これに対して検討してみよう。

この問題の究明には「権利」と「利益」の関係から説明しなければならない。

権利とは、一般的に一定の利益を主張若しくは、享受することを法により認められた地位、または他人に対し一定の行為、不行為を求めることができる地位であると解されている。権利の本質に対して学説は、権

(*6) 川口博也「アメリカ特許法概説」発明協会 昭和62年 83頁
(*7) 近江「民法講義Ⅱ物権法」1頁 1996年

利は法に保護された利益という「利益説」と、権利は法により保護された意思、意欲の力であると主張する「意思説」に分かれているが、どちらにせよ、「法により保護される」ことを要件としている。この「法により保護される」の要件は更に、狭い解釈として「立法化された権利」と広い解釈としての「立法化されていない保護すべき利益」に分けることができるだろう。立法化は権利と保護すべき利益を区分する標準であるといえる。

ところが、立法は時代の発展と伴わなければならないものの、現実的問題としていつも時代の発展に追いつくことが出来ない状態において、もし、立法化されてないとして、侵害に対する救済を裁判所が与えることが出来ないということは非常に公平を失うことになり、司法の穴であり、無力の司法であると言わざるを得ないだろう。

そこで、現行法の枠組みから離脱し、理論研究の立場から見て、特許法等のように権利に基づく差止請求権とは別に、民法において更に差止請求権(妨害排除請求権)を損害賠償請求権と共に不法行為制度の傘下の救済請求権として立法化し、その請求根拠を物権効力ではなく、「保護すべき利益」の救済請求権として確立したほうが、差止請求権と損害賠償請求権の訴権性、法的根拠などの矛盾を解決でき、また、侵害に対する救済という理論構成的にも妥当ではないかと思われる。もちろん、それと伴い通常実施権の差止請求権の問題も解決になるだろう。

ところが、それはあくまで現行法の仕組みを離れた構想であり、その実現がどのぐらい困難であることは言うところもない。そこで、現行法の下でその解決方法を考えなければならない。

現行知的財産法において、差止請求権は排他的請求権と保護すべき利益侵害救済の二つの理論基礎を根拠としており、必ずしも物上請求権あるいは排他的請求権を基づく請求権ではないことは明らかである。

そこで、本来の課題である通常実施権者の差止請求権の可否の問題に戻るが、現段階において、通常実施権は通説で債権的権利として排他権がないと解され、差止請求が認められていないが、それは単に通常実施権者が特許法の排他権の効力としての差止請求権(特許法 100 条)を行使できないということであり、利益侵害救済を理論根拠としている不正競争防止法に基づく差止請求権(不競法 3 条)の訴権までも否定されたわけではない。通常実施権が確かに債権的権利であるかに対しては個人的に疑問を有するが、たとえば、通常実

施権が債権的権利であるといっても通常実施権者が無権源の第三者に対し、不正競争防止法第 3 条に基づく差止請求権を行使できることは明らかであろう。

しかし、不正競争防止法第 3 条に基づいて差止請求権を提起する場合、一つの現行法の障害を意識しなければならない。それは、現行の不正競争防止法はその第 2 条において「不正競争行為」を列挙しているが、その 15 種類の範囲に無権源の第三者の特許発明無断実施行為が該当するか否かの問題である。

現実的に無権源の第三者と通常実施権者は競争関係にあることは明らかであり、また、無権源の第三者の特許無断実施により、通常実施権者が競争関係において非常に不利な立場に置かれることも明確であり、そのことで事実上の損害をうけることも明らかであることから、現実的に不正競争行為に当たるのは揺ぎ無い事実であるといわざるを得ない。

現行法の障害で救済が阻害されることになった場合、それは立法の穴であり、直ちに補うべきであるだろう。

五 債権者代位による差止請求権

理論構成

通常実施権者に差止請求権を認める学説の中には、民法 423 条の債権者代位権の転用説もある。債権者代位権の適用に対し 2 点の疑問を持つ。

では、先ず債権者代位の理論構成を分析してみよう。

民法 423 条 1 項は、「債権者は自己の債権を保全する為め其債務者に属する権利を行うことを得」と規定している。これが債権者代位権と呼ばれる。(図 1 で表す)

この権利が認められる本来の趣旨は、債務者が、本来自己に帰属すべき財産の確保について、適切な手段

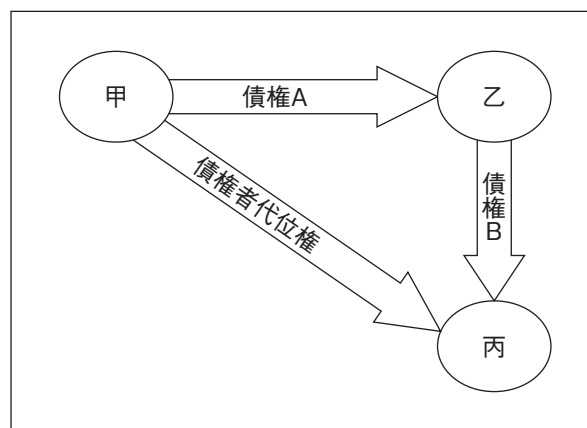


図 1

をとらないことにより、一般債権者の担保となるべき債務者の財産が散佚することを防ぐため、債権者が債務者に代わって、債務者の財産を確保することにある。したがって、この制度の目的からみて、債権者代位権が発生する要件としては、元来、債務者が自らの権利を行使しないことによって無資力となることがあげられていた。判例においても、「債権者代位は特定債権の保全をするものでないなく、債務者に弁済能力のない場合に初めてなしうる^(※8)」としていた。

ところが、その後、判例は民法423条の適用の場を拡張し、物の引渡請求権のような特定物に関する債権の保全のためにも、債権者代位権の行使を認めることになり、右の要件は不要となった。例えば、家屋の売買が、甲-乙-丙と順次行われたが、家は依然として甲の占有下にありながら、乙は甲に対してその引渡請求をしない場合、乙の無資力を問題にしないで、丙は乙に代位して、その家屋の引渡しを請求できる。

このため、現在では、債権者代位権の行使の要件は、①債権者が自己の債権を保全する必要があること；②債務者が自らその権利を行使しないこと；③債務者の第三債務者に対する債権、および債権者の債権が履行期にあること；と考えられている^(※9)。

判例

この判例は独占的通常実施権者が債権者代位により差止めを求めた事案である。判旨において裁判所は、独占的通常実施権者が特許権者に対し、「本件特許発明を独占排他的、かつ、全面的実施に積極的に協力すべきことを請求する債権を有している」として、債権者代位による差止請求を認めた数少ない判例のひとつである。

東京地方裁判所昭和四〇・八・三一判決

(1) 事実の概要

原告は、工作機械の製造・販売を業とする会社(津上製作所)であり、被告も工作機械の製造・販売を業とする会社(大洋精機製作所)である。

昭和二七年八月四日、原告は、工作機械のカム装置の改良に関する日本特許権を有する訴外フランス法人(クリ・ダン社)との間に日本ほか六カ国において本件特許発明を独占的・排他的に実施し、当該実施品を販売するというライセンス契約を締結した。

原告は本件特許権を利用したクリ・ダンE型機を製造・販売していたが、その後、被告が本件特許権を侵

害する製品(KM-五型機)を製造・販売した。

それゆえ、原告は侵害製品を製造・販売した被告に対し、民法七〇九条に基づき損害賠償請求並びに民法四二三条に基づき債権者代位権を行使して差止め及び廃棄請求を求めた。

(2) 裁判所の判断

独占的通常実施権者の差止請求権の代位行使の可否について

「原告は、クリ・ダン社に対し、前判示のとおり本件特許発明を独占排他的、かつ、全面的実施に積極的に協力すべきことを請求する債権を有し、したがって、原告は、右債権を保全するため債務者クリ・ダン社に代位してクリ・ダン社が被告に対して有する差止請求権を行使しうると解すべきであるから、原告の被告に対する前記行為の差止請求はその理由があるものといえる」として、独占的通常実施権者の差止請求権の代位行使説を認容している。

問題の検討

債権者代位権による差止請求の応用において以下の疑問を持つ。(図1を参考)

民法の債権者代位権制度においては、権利者の無資力を要件としなければならないが、特許法での適用においてそれが要件になるのか。

民法の債権者代位権制度において債権者が第一債務者に対する債権の存在、(図面債権A)が確定でなければならないが、特許法での適用において通常実施権者は特許権者に債権を持っているのか。

上の疑問において、賃借権の保全のための債権者代位制度の転用が判例上多数認められているが、いずれも権利の重疊的行使が許されないことを要求している。非独占的通常実施権においてはその実施許諾行為が性質上何度も可能であることより、債権者代位制度の適用は困難ではないだろうが、しかし、独占的通常実施権の場合は、第三者の実施行為により、独占的通常実施権者の実施行為自体は侵害されることはないが、特許発明を独占的実施するという権利の内容から見ればそれは重疊行為が許されないことと解することができ、債権者代位権の適用も可能ではないかと思われる。

下の疑問において、非独占的通常実施権の場合、非独占的通常実施権者が特許権者に対してこのような債権を有しないのは明らかである。その原因は非独占的通常実施権の権利内容に独占性が有しないからである。

(※8) 大判明31・1・28民録4輯38ほか

(※9) 於保不二雄「債権総論(新版)」法律学全集1972年163頁

問題は独占的通常実施権者が特許権者にそのような債権を有するか否かである。

上の判例で裁判所は、独占的通常実施権者は特許権者に対し、「本件特許発明を独占排他的、かつ、全面的実施に積極的に協力すべきことを請求する債権を有している」と判断しているが、判例から見れば、契約内容(第三者の侵害に対し特許権者が積極的協力すべき義務があるとの記載)は明確ではなく、もっと議論すべきである。つまり、特許権者の「積極的協力すべき債務」が独占的通常実施権の効力であるか、それとも契約内容の特約(第三者の侵害に対し特許権者が積極的協力すべき義務があるとの記載)の効力として解釈すべきか、は非常に重要な問題である。

実施権許諾の不作为義務の性質から、特約がない限り、特許権者にそのような義務があると解するのは特許権者に酷ではないだろうか。

参考文献

- 織田季明＝石川義雄「増訂新特許法詳解」日本発明新聞社昭和47年
光石士郎「新訂特許法詳説」帝国地方行政学会昭和47年
豊崎光衛「工業所有権法(新版)」有斐閣 昭和50年
「通常実施権の侵害」故中松潤之助先生追悼論文集 AIPPI 昭和51年
中山信弘「注解特許法(上)」青林書院新社 昭和58年
盛岡一夫「通常実施権者の差止請求権」日本工業所有権学会年報8号
小島庸和「通常実施権の不可侵性」亜細亜法学19巻1・2号併合
高林龍「標準特許法」有斐閣 2002年
吉藤幸湖「特許法概説」第13版 有斐閣 平成10年
竹田和彦「特許の知識(第8版)」ダイヤモンド社 2006年
特許庁編「新工業所有権法逐条解説」
中山信弘「工業所有権法 上」弘文堂 2000年
豊崎光衛「工業所有権法」(法律学全集)
渋谷達紀「知的財産法講義 I」有斐閣 2004年
佐藤義彦「特許実施権の性質」於保還暦記念論文集
「民法学の基礎的課題」昭和51年
近江幸治「民法講義IV債権法総論」第二版 2000年
近江幸治「民法講義II物権法」1996年
永田菊四郎「工業所有権論」富山房 昭和33年
飯塚半衛「無体財産法論」巖松堂 1940年
末弘巖太郎「工業所有権法」法学全集 日本評論社 1942年
四宮和夫「不正競争と権威保護手段」法律時報31巻2号
川口博也「アメリカ特許法概説」発明協会 昭和62年
於保不二雄「債権総論(新版)」法律学全集 1972年